

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Toestemming voor doorzoeken van woning II)

Borgers, M.J.

2015

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2015). *Case note: Hoge Raad (Toestemming voor doorzoeken van woning II)*, No. 288, No. ECLI:NL:HR:2014:3109, Nov 04, 2014. (Nederlandse jurisprudentie).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Annotatie NJ 2015, 288 (toestemming voor doorzoeken van woning II)

HR 4 november 2014, nr. 13/04825

M.J. Borgers

1. In deze strafzaak heeft de Hoge Raad inmiddels tweemaal arrest gewezen. In de eerste ronde heeft cassatie plaatsgevonden omdat het gerechtshof ten onrechte had geoordeeld dat het ontbreken van een redelijk vermoeden van schuld in de weg staat aan het vragen van toestemming voor het binnentreden en doorzoeken van een woning (HR 18 december 2012, *NJ* 2013/355 m.nt. M.J. Borgers). In deze tweede ronde wordt wederom tot cassatie overgegaan, nu omdat de beslissing tot bewijsuitsluiting vanwege het op onjuiste wijze zijn verkregen van de toestemming niet toereikend is gemotiveerd. Om een opzienbarende beslissing van de Hoge Raad gaat het eigenlijk niet. In zijn noot in *NbSr* 2014/294 noemt Lintz dit arrest ‘het zoveelste voorbeeld (...) van een geval waarin de beslissing tot bewijsuitsluiting en de motivering daarvan onder een vergrootglas worden gelegd’ (waarbij hij ook de vindplaatsen van andere voorbeelden vermeldt). Maar niet alleen de arresten van feitenrechters liggen onder het vergrootglas. Juist ook de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent artikel 359a Sv wordt door het juridische forum veelvuldig onder de loep genomen. Zeker sinds het arrest van 19 februari 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BY5321*, *NJ* 2013/308 m.nt. B.F. Keulen is de stellige indruk ontstaan dat de Hoge Raad zeer terughoudend wil zijn met het toelaten van bewijsuitsluiting als rechtsgevolg op vormverzuimen. Nu is er discussie mogelijk over de vraag hoe de koers van de Hoge Raad exact moet worden geduid en of er ook niet nieuwe kansen worden geboden met deze rechtspraak (zie daarover uitvoerig Kuiper, *Vormfouten*, Deventer: Kluwer 2014). Duidelijk is in ieder geval dat de Hoge Raad een zeer uitvoerig beslissingsschema heeft uitgewerkt met betrekking tot beslissingen omtrent bewijsuitsluiting. De Hoge Raad toetst tamelijk strikt of de feitenrechter dit beslissingsschema in acht neemt. Het hierboven afgedrukte arrest illustreert dat. De vraag kan worden gesteld of het in alle opzichten bevredigend is dat de Hoge Raad de feitenrechter zo dicht op de huid zit.

2. Het gerechtshof stelt in deze zaak voorop dat opsporingsambtenaren verplicht zijn zich te legitimeren en mededeling te doen van het doel van het binnentreden, alvorens zij toestemming vragen. In een door het gerechtshof genoemd proces-verbaal wordt wel melding gemaakt van de verleende toestemming, maar dat proces-verbaal bevat geen gegevens omtrent de naleving van de genoemde verplichtingen. Daarin zou men een zelfstandig – en ook geen gering – vormverzuim kunnen lezen, namelijk het onvolledig naleven van de verbaliseringsplicht van artikel 152 Sv. Het gerechtshof benoemt dit vormverzuim echter niet als zodanig. Veeleer grijpt het gerechtshof de summiere wijze van verbalisering aan om, mede in het licht van hetgeen door de verdachte naar voren is gebracht, als vaststaand feit aan te nemen (‘moet (...) worden beschouwd’) dat de toestemming op gebrekkige wijze is verkregen. Nader onderzoek naar de werkelijke gang van zaken acht het gerechtshof niet noodzakelijk. In de cassatieprocedure wordt – dat ligt ook voor de hand – uitgegaan van de vaststelling dat de toestemming is verkregen zonder dat de betrokken opsporingsambtenaren de plicht tot legitimatie en tot het doen van mededeling omtrent het doel van binnentreden hebben nageleefd.

3. In de motivering van de beslissing tot uitsluiting van het bewijs van al het materiaal dat in de woning in beslag is genomen, zoekt het gerechtshof aansluiting bij hetgeen de Hoge Raad in *NJ* 2013/308 heeft overwogen omtrent de schending van belangrijke (strafvorderlijke) voorschriften en rechtsbeginselen, anders dan de schending van het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Het gerechtshof laat diverse elementen uit de desbetreffende overweging de revue passeren. Zo spreekt het gerechtshof van een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht en de noodzaak van bewijsuitsluiting als middel om toekomstige vergelijkbare vormverzuimen te voorkomen. Ook wordt ingegaan op het gewicht dat toekomt aan andere (zwaarwegende) belangen in de sfeer van waarheidsvinding en bestraf-fing alsmede de belangen van slachtoffers. Die inkleding maakt het oordeel van het gerechtshof echter niet *cassatieproof*, zo blijkt uit de beslissing van de Hoge Raad. Het oordeel van het gerechtshof is on-toereikend gemotiveerd, ‘reeds’ omdat niet duidelijk aandacht is besteed aan ‘de overige in art. 359a, tweede lid, Sv genoemde factoren’. De Hoge Raad lijkt daarmee te willen zeggen – gelet op het woord ‘overige’ – dat het gerechtshof zich hoofdzakelijk heeft uitgelaten over de aard en de ernst van het ver-zuim, maar niet in voldoende mate omtrent het belang dat het geschonden voorschrift dient en het nadeel dat daardoor is veroorzaakt. Uit het gebruik van het woord ‘reeds’ kan worden afgeleid dat de Hoge Raad ook anderszins knelpunten ziet – maar niet benoemt – in de door het gerechtshof gebezigde motivering.

Het ‘verwijt’ dat doorklinkt in het arrest van de Hoge Raad – en ook in de conclusie van A-G Bleichrodt – is dat het gerechtshof zijn oordeel in zekere zin eenzijdig heeft gemotiveerd. Zo blijft in het midden wat nu eigenlijk de consequentie is geweest voor de verdachte van het vormverzuim. Zou bij een juiste gang van zaken geen toestemming zijn verleend? En zouden dan het binnentreden en door-zoeken ook niet anderszins mogelijk zijn geweest? Ook al is het alleszins billijk dat het gerechtshof de uiterst summiere wijze van verbalisering heeft aangegrepen om aan te nemen dat de toestemming niet rechtsgeldig is verkregen, hier wreekt zich wellicht toch dat de daadwerkelijke gang van zaken niet is opgehelderd door middel van nader onderzoek. In het midden blijft ook wat het nadeel van de verdach-te is geweest, anders dan dat het strafbare feit is ontdekt (hetgeen in de rechtspraak van de Hoge Raad niet geldt al rechtens relevant nadeel). Wat houdt *in concreto* de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en het huisrecht in? Ook anderszins kan men kanttekeningen plaatsen bij de motivering van het ge-rechtshof, bijvoorbeeld waar het gaat om de vrij summiere inkleding van het oordeel dat de inbreuk op grondrechten hier zodanig ernstig is dat de drempel van ‘zeer ingrijpend’ wordt gehaald.

4. Maar wellicht is nuttig om niet alleen te kijken naar wat er valt af te dingen op de motivering van het gerechtshof, maar om ook de andere kant te bezien. Er kan niet worden gezegd dat het gerechtshof zich niets zou hebben aangetrokken van het door de Hoge Raad ontwikkelde beoordelingskader. Het ge-rechtshof heeft expliciet aansluiting gezocht bij dat kader. Het is daarbij bepaald niet gewaagd om te veronderstellen dat het gerechtshof het belang van de geschonden voorschriften – in casu de relevante voorschriften van de Awbi, artikel 8 EVRM alsmede de regels van ongeschreven recht omtrent het ver-krijgen van toestemming (vgl. onderdelen 6-8 van de noot onder *NJ* 2013/355) – (mede) zal hebben gezocht in de bescherming van het huisrecht en (dus) de persoonlijke levenssfeer, zodat de aantasting van die persoonlijke levenssfeer als het door de verdachte geleden nadeel kan worden opgevat. Dat het gerechtshof hier nauwelijks bij stilstaat maar direct doorschakelt naar de argumenten ten gunste van

bewijsuitsluiting, kan er daarmee van doen hebben dat het gerechtshof een krachtig signaal wil afgeven dat zich regelmatig vormverzuimen voltrekken rondom het binnentreden en doorzoeken van woningen en dat daaraan zwaar moet worden getild (vgl., mede naar aanleiding van het arrest van het gerechtshof in deze zaak, *Flokstra e.a., Advocatenblad* 2013, nr. 4, p. 7-8). Juist deze zaak leende zich goed voor het maken van een vuist, omdat het openbaar ministerie vanwege de relatief geringe ernst van het feit en de ouderdom van de zaak de toepassing van artikel 9a Sr vorderde. Bewijsuitsluiting – met vrijspraak tot gevolg – kan zo nauwelijks als een douceurtje voor de verdachte worden gezien, terwijl strafmatiging niets om het lijf heeft als het openbaar ministerie reeds aanstuurt op het achterwege laten van bestrafing. En het zal diezelfde ouderdom zijn geweest dat het gerechtshof er geen heil in zag om – ruim zes jaar naar dato – nader onderzoek te gelasten naar het verkrijgen van de toestemming. Bovendien is in de eerste ronde van deze strafzaak door het gerechtshof vastgesteld dat een redelijk vermoeden van schuld ontbrak, zodat – daarvan uitgaande – niet anderszins op rechtmatige wijze – want met naleving van de eisen die het Wetboek van Strafvordering stelt – tot binnentreden en doorzoeken had kunnen worden overgegaan. Het laat zich dan ook goed begrijpen dat het gerechtshof er juist in deze zaak voor heeft gekozen om eens krachtig te onderstrepen dat voor zoiets ingrijpends als binnentreden en doorzoeken de toestemming zorgvuldig moet worden verkregen. Zou het, zo benaderd, dan vreemd zijn geweest als de Hoge Raad had overwogen dat het oordeel van het gerechtshof omtrent de gezichtspunten van artikel 359a Sv besloten ligt in diens motivering van de beslissing tot bewijsuitsluiting en dat die beslissing, mede gelet op de verwevenheid met de concrete feiten en omstandigheden van dit geval, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en niet ontoereikend is gemotiveerd?

5. Het is duidelijk dat de Hoge Raad deze koers niet wil varen. In relatie tot artikel 359a Sv kiest de Hoge Raad voor een ‘volle’ toetsing van de overwegingen van de feitenrechter, waarmee de Hoge Raad weinig ruimte aan de feitenrechter laat om eigen accenten aan te brengen. Tegelijkertijd is de Hoge Raad niet glashelder over de koers die hij wil varen en daarmee ook niet over de eisen die hij stelt aan de motivering door de feitenrechter (vgl. ook Schalken in zijn noot onder HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2749, *NJ* 2014/462). Want wat zijn nu belangrijke voorschriften en rechtsbeginselen? Uit het feit dat de Hoge Raad in het hierboven afgedrukte arresten de overwegingen uit *NJ* 2013/308 omtrent de schending van belangrijke (strafvorderlijke) voorschriften en rechtsbeginselen, anders dan de schending van het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM, herhaalt, lijkt te mogen worden afgeleid dat de Hoge Raad hieronder bepaalde voorschriften ter zake van het binnentreden en doorzoeken alsmede het verkrijgen van toestemming daarvoor betreft (vgl. ook Kuiper 2014, p. 539). Maar dat wordt niet expliciet zo gesteld. En waar ligt nu eigenlijk de scheidslijn tussen een ingrijpende en een *zeer* ingrijpende inbreuk op een grondrecht? Wat is de verhouding tussen enerzijds het vereiste van nadeel voor de verdachte en anderzijds bewijsuitsluiting als rechtsstatelijke waarborg en als middel om normconforme opsporing af te dwingen? Is er nimmer ruimte voor de rechter om dat middel in te zetten als niet blijkt van (wezenlijk) nadeel voor de verdachte? Men zou immers kunnen betogen dat juist vanwege het centraal stellen van het bevorderen van normconforme opsporing er ruimte moet zijn om in bepaalde gevallen niet al te strikt vast te houden aan het vereiste van nadeel aan de zijde van de verdachte (vgl. Kooijmans, *DD* 2011, p. 1107-1108).

6. In de cassatieschriftuur geeft het openbaar ministerie aan dat het van belang is voor de rechtspraak om duidelijkheid te verkrijgen over de gevallen waarin de schending van belangrijke voorschriften en rechtsbeginselen tot bewijsuitsluiting leiden. Die duidelijkheid verschaft de Hoge Raad nauwelijks. De Hoge Raad maakt alleen duidelijk dat het gerechtshof het niet goed heeft gedaan, maar geeft niet méér dan een indicatie waar de pijn precies zit. Of er daarmee in een geval als het onderhavige enige ruimte is voor bewijsuitsluiting, of dat bewijsuitsluiting eigenlijk onmogelijk is, wordt in het midden gehouden. Dat is niet vanzelfsprekend. De Hoge Raad heeft met het arrest *NJ 2013/308* een dubbelzinnige boodschap afgegeven: het belang van het bevorderen van de integriteit van de opsporing voor de toepassing van artikel 359a Sv wordt zonder meer erkend, tegelijkertijd lijken de marges voor de rechter om hieraan handen en voeten te geven nogal krap te zijn. Het is zaak dat de Hoge Raad die marges nader vormgeeft. Immers, hoe kleiner die marges zullen blijken te zijn, hoe groter de noodzaak is om alternatieven voor afdoening van vormverzuimen door de strafrechter (nader) te exploreren en te ontwikkelen. Diverse alternatieven bestaan wel al op papier, maar hebben in de praktijk nog niet veel om het lijf. Hoezeer ik er ook voorstander van ben om die alternatieven in te zetten en het reageren op vormverzuimen niet exclusief binnen het domein van de strafrechter te houden, het gaat wel om de volgorde waarin dat wordt gerealiseerd. Het lijkt mij niet goed om de inzet van alternatieven min of meer af te dwingen door artikel 359a Sv zeer restrictief toe te passen. Men kan het beter omdraaien: zolang er nog geen duidelijke, goed werkbare alternatieven beschikbaar zijn, is het zaak om de feitenrechter niet al te strak aan de leiband te leggen. Dan wordt enige ruimte gelaten om – zeker als er geen andersoortige reactie is gevolgd op het onrechtmatige overheidshandelen – een duidelijk signaal af te geven dat bepaalde opsporingspraktijken echt niet door de beugel kunnen.